

# O ENQUADRAMENTO LEGAL DA PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL NA UE: PRESENTE E FUTURO

J. PEGADO LIZ\*

Advogado

Conselheiro do CESE (Bruxelas)

## EXCERTOS

*“Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as exceções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser interrompida por publicidade e ou televentas uma vez por cada período de 30 minutos”*

*“A diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membros atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não retribuição da comunicação audiovisual”*

*“No que respeita à publicidade que utiliza crianças, relevam-se fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais”*

*“No que toca ao aspecto da publicidade dirigida especialmente a crianças, é mister ter presente que as crianças não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos”*

### \* Outras qualificações do autor

*Membro do Grupo Permanente sobre a Agenda Digital, perito da Comissão Europeia para a definição de uma lei europeia do contrato de seguro e juiz do Tribunal Arbitral CIMPAS.*

*“Um dos instintos humanos mais básicos é proteger um filho da dor e do sofrimento. As crianças representam o nosso futuro global e o desejo de guardá-las das muitas forças que podem destruir sua esperança e inocência é universal. Fazê-lo é uma parte essencial de nossa aspiração mais ampla de promover a segurança humana e criar sociedades estáveis e pacíficas.”*

**Lloyd Axworthy**, ministro de Relações Exteriores do Canadá, Acra, Gana, Abril de 2002

(in “Honrar a Criança”, ed. Instituto Alana, 2009, p. 231)

## I – Introdução e definição do objeto

1.1. Importa, antes de mais, deixar bem claro que o objeto deste texto não é a regulamentação da publicidade infanto-juvenil nos países europeus ou, sequer, nos países pertencentes à União Europeia<sup>1</sup>.

1.2. Mas também não versa sobre a regulamentação europeia acerca do tema, pela simples razão de que ela praticamente não existe. Com efeito, é mister esclarecer desde já que a realidade sobre que nos debruçamos é uma ausência, um vazio legal. O que precisamente não existe ao nível da União Europeia é um quadro legal para a publicidade infanto-juvenil. Nessa medida o artigo não versa tanto sobre o direito constituído mas sobre o direito a constituir; não se refere preferencialmente à *legge lata* mas antes à *lege ferenda*.

1.3. Mais difícil ainda no tratamento do tema é o fato de a atitude política geral da Comissão Europeia vir sendo de recusa sistemática de incluir a publicidade infanto-juvenil como um tema autónomo e importante da agenda europeia. Por isso o presente artigo versa sobretudo as propostas que ao longo do tempo fundamentalmente o Comité Económico e Social Europeu tem envidado no sentido do reconhecimento deste tema a nível das instituições comunitárias e de como a Comissão Europeia tudo tem feito para o desvalorizar e minorizar, relegando-o sistematicamente para o nível nacional e pretendendo que se trata de uma “questão de gosto” ligada às diferenças culturais das sociedades civis.

## II – O quadro legal da publicidade na UE

2.1. Para bem se compreender o âmbito e a dimensão da lacuna ou do vazio legal na UE quanto à publicidade infanto-juvenil é mister delinear, ainda que em traços gerais e sumários, o enquadramento legal da publicidade no sistema jurídico da UE.

2.2. Por manifesta falta de espaço não se fará aqui uma evocação histórica da regulamentação da publicidade na UE<sup>2</sup>. Mas é pertinente recordar que as principais diretivas comunitárias sobre publicidade respondem à questão da necessidade de tratamento, a nível comunitário, de alguns aspectos da publicidade, no respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade<sup>3</sup>.

2.3. Em particular, os aspectos da publicidade enganosa, da publicidade comparativa, da publicidade relativa a produtos alimentares e da publicidade através da radiodifusão são os domínios em que o legislador comunitário cedo sentiu a necessidade de introduzir alguma harmonização legislativa, com os objetivos determinantes de assegurar a eliminação ou diminuição de distorções na concorrência, de um lado, e de garantir uma adequada proteção dos consumidores, na altura de decidirem a aquisição de bens ou a utilização de serviços, de outro lado.

2.4. Pelo menos nestes aspectos, o legislador comunitário constatou ainda que as diferenças existentes nas legislações nacionais não só conduziam a uma proteção insuficiente ou, pelo menos, diversa, dos interesses em causa, mas constituíam um entrave à realização de campanhas publicitárias transfronteiras e, assim, dificultavam a livre circulação de produtos e de prestação de serviços e impediam, conseqüentemente, a realização do mercado interno.

2.5. No entanto, é bem claro que a União Europeia nunca pretendeu definir um código comunitário da publicidade. Limitou-se, ao contrário, a regular, supletivamente, alguns aspectos que deveriam ser objeto de aproximação nas legislações dos estados-membros, por considerar tratar-se de domínios essenciais onde a sua falta ou as diferenças nas legislações nacionais eram de molde a pôr em risco os valores antes mencionados, ou onde a própria autorregulação se revelava insuficiente para garantir um tratamento uniforme e satisfatório das situações.

No resto, a EU deixou ao critério e ao cuidado dos estados-membros a faculdade de regular, como melhor entendessem, a atividade publicitária.

2.6. Todas as diretivas mais antigas publicadas nesta matéria são, assim, diretivas de *harmonização mínima*, deixando aos estados-membros a possibilidade de “*manterem ou adotarem disposições que visem assegurar uma proteção mais extensa dos consumidores, das pessoas que exercem uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como do público em geral*” (artº 7º da Diretiva 84/450/CE e artigo 2º, n. 9, da Diretiva 98/55/CE e artigo 19º da Diretiva 89/552/CE).

2.7. Neste entendimento, os domínios objeto de harmonização comunitária foram, especificamente, os seguintes:

- a) a publicidade enganosa e as suas consequências desleais;
- b) as condições segundo as quais a publicidade comparativa deve ser considerada lícita;
- c) os meios judiciais e não judiciais, adequados e eficazes, para lutar, preventiva e repressivamente, contra a publicidade enganosa e fazer respeitar as disposições relativas à publicidade comparativa;
- d) a etiquetagem e a publicidade relativa a produtos alimentares;
- e) a publicidade a remédios para uso humano e a serviços médicos;
- f) a publicidade através da televisão, e aí, em particular, as televendas, a publicidade ao tabaco, a medicamentos e a bebidas alcoólicas, e a proteção de menores.

Foram estes aspectos que, melhor ou pior, têm sido objeto de transposição nos direitos nacionais, sendo certo que os diversos relatórios periódicos relativos à aplicação das normas de transposição têm revelado diferenças substanciais ao nível da sua efetividade e da proteção dos consumidores, nos diferentes estados-membros.

É bem claro que a União Europeia nunca pretendeu definir um código comunitário da publicidade

2.8. De notar que *fora da harmonização comunitária, ainda que mínima, tem ficado, até hoje, a publicidade que usa crianças.*

2.9. Duas iniciativas mais recentes a nível comunitário merecem, no entanto, referência especial<sup>4</sup>:

a) A Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais; e

b) A Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento e do Conselho, de 10 de março de 2010, visando a alteração da Diretiva TV sem fronteiras.

2.10. A Diretiva 2005/29/CE<sup>5</sup>, relativa às práticas comerciais desleais, introduziu profunda alteração nos aspectos que mais diretamente nos interessam agora. Esta diretiva, ao regular o que apelida de “práticas comerciais desleais”, veio, no que em especial se refere à matéria de publicidade, provocar uma cisão entre o regime B2B e o regime B2C, que eram tratados conjuntamente, e sem distinção, nas anteriores diretivas sobre publicidade enganosa e comparativa e nos direitos internos dos estados-membros.

2.11. Com efeito, reconhecendo embora que *“as práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal (...) prejudicam diretamente os interesses*

*económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos”, a diretiva entendeu, no entanto, concentrar-se apenas nos primeiros.*

Assim, a diretiva *“não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais; (...) a presente diretiva também não abrange nem afeta as disposições da Diretiva sobre publicidade susceptível de enganar as empresas mas não os consumidores e sobre publicidade comparativa”* (considerando 6).

A diretiva deixa ainda para decisão futura e eventual a ponderação cuidadosa da *“necessidade de ações comunitárias no âmbito da concorrência desleal para além do âmbito da presente diretiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos da concorrência desleal”* relativos a práticas comerciais *“que, embora não prejudiquem os consumidores, (possam) prejudicar os concorrentes e clientes das empresas”* (considerando 8).

2.12. Consequentemente, a diretiva altera, no sentido mencionado, as diretivas 84/540/CE e 97/7/CE, restringindo a sua aplicação aos “profissionais” e retirando delas as referências aos consumidores. Ou seja, após a publicação da Diretiva 2005/29/CE passaram a existir dois regimes distintos para a publicidade, um relativo às relações B2B e outro relativo às relações B2C.

2.13. A diretiva não dá uma justificação expressa para esta alteração. Mas é possível intuí-la de todo o espírito que alegadamente presidiu à elaboração deste novo dispositivo legal comunitário.

Com efeito, foi propósito, consumado na diretiva e comum a várias iniciativas recentes da Comissão à época, utilizar a técnica da harmonização máxima na proteção dos consumidores, em vez da harmonização mínima, constante das anteriores diretivas.

Essa intenção foi declarada logo no preâmbulo, onde se lê que, no intuito de assegurar *“o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica”*, a diretiva determina um conjunto de *“regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado da proteção dos consumidores e de classificação de determinados conceitos legais”*, como forma de garantir a eliminação de *“obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras”*.

2.14. O resultado a que, inequivocamente, se chegou foi a existência de dois regimes jurídicos distintos para práticas comerciais idênticas relativas à publicidade enganosa e comparativa, consoante os seus destinatários sejam os consumidores ou os profissionais.

Era bem de ver a extrema dificuldade que esta distinção iria trazer para a transposição da diretiva nos direitos nacionais que, corretamente, haviam concebido unitariamente o seu regime legal para a publicidade.

Com efeito, não se trata apenas de justapor um novo regime, alegadamente apenas para os consumidores, mas de tornar coerente todo um conjunto de disposições legais que foram pensadas para um único regime, e de proceder à sua compatibilização.

Acresce, aliás, que a distinção é, em si mesma, um total *non-sense*, porquanto, na prática, será difícil ou quase impossível dizer quais as práticas comerciais de publicidade desleal que apenas afetam os consumidores e aquelas que unicamente lesam os profissionais concorrentes.

Aliás, e ao contrário, a tendência mais recente vai exatamente no sentido oposto de tornar cada vez mais imbricadas a concorrência e a proteção dos consumidores, quase como as duas faces da mesma moeda<sup>6</sup>.

2.15. A diretiva não só veio, assim, criar uma dificuldade acrescida na elaboração dos direitos nacionais da transposição, como em nada contribuiu para a segurança e a certeza jurídicas na apreciação dos eventuais conflitos pelos tribunais, a quem a questão das diferenças de regime consoante os destinatários – pela própria dificuldade de decisão da questão prévia sobre quem será o destinatário de uma dada prática – está já a colocar difíceis problemas de interpretação, objeto eventual de necessários recursos, incluindo para o Tribunal da Justiça, para esclarecer o alcance exato da diretiva.

Isto, obviamente, sem se entrar na análise de fundo e de mérito das disposições da diretiva nesta matéria e da sua transposição, que aqui não cabe por razões óbvias de espaço e de que se tratou noutros locais, como se deixou referido.

2.16. Importa referir, no entanto, que, ainda que de forma ambigua e não totalmente assumida, a Comissão veio recentemente reconhecer a necessidade de ser considerada a definição de certas práticas comerciais desleais entre empresas, na sua Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre “*Proteger as empresas contra práticas comerciais enganosas e garantir uma aplicação efetiva das normas*” com vista à revisão da Diretiva 2006/114/CE, relativa à publicidade enganosa e comparativa<sup>7</sup>.

2.17. A outra iniciativa relevante da Comissão nesta área é a *Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas regulamentares e administrativas dos Estados-membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social*

*audiovisual (Diretiva SCSA)*<sup>8</sup>, com vista a alterar a diretiva usualmente conhecida como “Televisão sem fronteiras”<sup>9</sup>.

Anunciada como uma iniciativa abrangente para a totalidade dos serviços audiovisuais<sup>10</sup>, a nova proposta viu o seu âmbito reduzido, após a Conferência de Liverpool, apenas aos “serviços de comunicação social audiovisual” e, aí, avultando as “comunicações comerciais audiovisuais”, definidas como todo o tipo de imagens em movimento, com ou sem som, que acompanham os serviços de comunicação audiovisual, com a intenção de promover, direta ou indiretamente, a aquisição de bens e serviços.

2.18. Foi, na realidade, neste domínio que se pretendeu introduzir uma das mais significativas alterações ao regime existente.

Com efeito, apesar de se manter a proibição da “publicidade oculta”, introduz-se uma nova definição referente à colocação de produtos ou serviços, o chamado *product placement*, o qual, apesar de se definir de modo muito similar, poderá ser lícito, desde que cumpra uma série de requisitos (art. 11, n. 3).

Também no que se refere às pausas para publicidade, a diretiva reduz consideravelmente as regras para simplificar e flexibilizar, em grande parte, os critérios de aplicação.

Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as exceções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser interrompida por publicidade e ou televentas uma vez por cada período de 30 minutos (art. 20, n. 2).

Relativamente ao tempo de transmissão dedicado às diferentes formas publicitárias, mantém-se apenas o critério geral de 20% por hora para anúncios publicitários, televentas e outros formatos curtos promocionais, bem como a exceção relativa ao cálculo de duração para os anúncios da empresa de radiodifusão televisiva aos seus próprios programas e produtos conexos diretamente relacionados com esses programas e aos anúncios de patrocínios, que agora se estende também à colocação de produtos (art. 23).

2.19. Independentemente das muitas críticas que se podem fazer ao texto da diretiva, em especial pela oportunidade perdida que ela representa relativamente às várias questões que haviam de ter sido equacionadas e resolvidas, e o não foram, apesar de reclamadas pela generalidade dos interessados, o que sobressai no novo texto é a total cedência aos interesses dos publicitários, em detrimento manifesto dos consumidores/telespectadores.



2.20. O primeiro reparo vai, desde logo, para a definição de comunicação audiovisual comercial proposta pela Comissão, por excessivamente restritiva e reproduzir mecanicamente a definição de serviços de comunicação audiovisual.

Se é aceitável que estes se definam como “imagens em movimento, com ou sem som”, fazendo da imagem em movimento *conditio sine qua non* da existência de tais serviços de comunicação audiovisual e deixando, assim, fora do âmbito de aplicação, a radiofusão sonora, no entanto, as comunicações audiovisuais comerciais podem utilizar imagens estáticas (por exemplo, um logotipo ou um cartaz publicitário) ou sons isolados e sem imagem (por exemplo, uma menção verbal de marca ou um indicativo sonoro comercial).

Pareceria preferível, neste sentido, definir a comunicação audiovisual comercial como “imagens ou sons que acompanham os serviços de comunicação audiovisual orientados para a promoção, direta ou indireta, dos bens, serviços ou imagem de uma pessoa singular ou coletiva dedicada a uma atividade económica”.

Fora da harmonização comunitária, ainda que mínima, tem ficado, até hoje, a publicidade que usa crianças

2.21. Por outro lado, a proposta diretiva mantém o critério anterior de considerar publicidade televisiva a que é emitida contra remuneração. Ora julga-se antes que o critério definidor da sua natureza deveria ser a intenção de promover produtos e serviços e não a remuneração, em conformidade com outras definições comunitárias como a constante, por exemplo, da diretiva sobre publicidade enganosa. Tal evitaria a possibilidade de emissão de mensagens publicitárias de produtos cuja publicidade em televisão está proibida ou de mensagens publicitárias ilícitas, que atualmente podem aparecer no ecrã, enquanto não se demonstre, de maneira fidedigna, a existência de remuneração e, portanto, o seu carácter de publicidade televisiva. E o mesmo se deve dizer da referência ao requisito da remuneração na definição de televidas.

Em todo o caso, a diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membros atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não retribuição da comunicação audiovisual. Em caso contrário, deveria presumir-se o carácter comercial dessa comunicação, invertendo-se o ónus de prova.

2.22. A diretiva mantém praticamente nos mesmos termos a definição anterior de publicidade oculta. Ora, tal definição deveria aplicar-se à comunicação audiovisual comercial no seu conjunto e não só à publicidade televisiva, de cada vez que no articulado se proíbe expressamente a comunicação audiovisual comercial oculta.

Aliás, o conceito de comunicação audiovisual comercial oculta deveria ser mais extenso do que o que é formulado na diretiva e incluir:

- a apresentação ou referência dos bens e serviços, não só através de palavras ou imagens, mas também de sons (por exemplo, um indicativo sonoro comercial associado a determinada marca ou produto);

- quanto ao conteúdo dessa apresentação ou referência, não só o nome, marca ou atividades do fabricante de produtos, mas também outros sinais distintivos da oferta, quando estes se lhe associem de forma inequívoca (por exemplo, um determinado tipo de embalagem, ou um slogan, mesmo que não mencione a marca).

2.23. Por seu turno a diretiva manteve, na linha da diretiva anterior de 1989, a proibição de utilizar técnicas subliminares na comunicação audiovisual comercial. Todavia não se inclui no texto qualquer definição das referidas técnicas, as quais deveriam constar expressamente, fazendo referência ao emprego de estímulos visuais ou sonoros difundidos em intensidade que se situam no limiar de percepção dos sentidos e percebidos abaixo do limiar da consciência.

Acresce que a diretiva prevê que a promoção da oferta na comunicação audiovisual comercial possa ser tanto direta como indireta. Da mesma forma, em alguns casos, como no dos cigarros e dos outros produtos do tabaco, também é proibida essa comunicação comercial, mesmo quando é indireta. No entanto, o texto não inclui uma definição desta modalidade de comunicação audiovisual comercial. Julga-se que se deveria ter esclarecido expressamente este conceito, fazendo referência ao fato de que, mesmo que não haja uma apresentação direta dos produtos ou uma referência direta a estes, se utilizam marcas, símbolos ou outras características distintivas de tais produtos ou empresas cujas atividades principais ou conhecidas incluam a sua produção ou comercialização.

2.24. Mas é na nova regulação para a “colocação de produtos”, que o conflito de interesses é mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários se torna mais patente.

É certo que, já anteriormente, a prática tinha conduzido a que, apesar de proibida como publicidade oculta, a tendência geral era no sentido de nem

sequer considerar o *product placement* como publicidade televisiva, escapando a qualquer controle, em particular depois da Comunicação Interpretativa da Comissão de 28 de Abril de 2004 o ter considerado consentâneo com a letra da diretiva então em vigor<sup>11</sup>.

No entanto, não foi demonstrado, nem o estudo de impacto e os elementos estatísticos que acompanharam a proposta da diretiva alguma vez o justificaram cabalmente, que uma maior flexibilização das normas relativas à colocação do produto contribuisse para o reforço efetivo da concorrência da indústria audiovisual europeia para compensar a previsível perda de receitas provenientes dos espaços publicitários tradicionais, como resultado de novas tecnologias que permitem aos utilizadores evitar os anúncios.

Certo é que esta prática, agora lícita, apesar das limitações de que é rodeada, mas que vários operadores logo se encarregaram de circundar impunemente, constitui uma entorse fundamental aos princípios que regem a publicidade e representa uma ofensa grave à proteção devida aos consumidores neste domínio.

Mesmo compartilhando da opinião daqueles que acham que esta seria uma batalha perdida à partida, em face do peso dos lobbies que sustentam a tese adversa, apadrinhada pela Comissão, sempre se julga que, pelo menos na definição de colocação de produto, se deveriam ter destacado, como elementos distintivos desta prática, a intenção promocional por parte do organismo de radiodifusão e a falta de advertência visual ou acústica ao público sobre o caráter promocional durante (isto é, simultaneamente) a tal colocação, face ao que acontece com outros formatos publicitários, como as telepromoções.

Por outro lado, deveria igualmente ter-se estabelecido que a colocação do produto não pode influir de tal modo na programação que afete a sua independência ou integridade, como já previsto para outros tipos de formatos promocionais, e precisar as restrições que o afetam, proibindo não só a colocação no caso de publicidade proibida, mas também no caso de publicidade a quaisquer medicamentos e igualmente a todas as bebidas alcoólicas.

Ao contrário do que se esperaria dos estados-membros, no uso da faculdade que a diretiva lhes conferiu de, no seu direito interno e na transposição da diretiva, consagrarem regimes mais estritos para a colocação de produtos, o que se verificou foi que por força do poder de influência dos lobbys em causa, tal não aconteceu e, de todo o modo, mesmo a ter ocorrido, sempre seria contribuir ainda mais para a desarmonia dos regimes nacionais, precisamente o que a diretiva alegadamente tentava eliminar.

2.25. Finalmente por manifesta deficiência técnica na elaboração do articulado, a diretiva apresenta algumas diferenças totalmente injustificadas quando se trata de estabelecer restrições para os serviços de comunicação audiovisual e para as comunicações audiovisuais comerciais e elas associadas.

Assim, fala-se, em relação aos serviços de comunicação social, da proibição do “incitamento ao ódio com base no sexo, na raça, na religião ou na nacionalidade”; em relação às comunicações audiovisuais comerciais, refere-se antes à “discriminação com base no sexo, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual”.

Menciona-se, falando de serviços de comunicação audiovisuais, de “afetar seriamente o desenvolvimento físico, mental ou moral” (art. 27º), quando, no caso das comunicações audiovisuais comerciais, a menção se limita a que “não devem prejudicar moral ou fisicamente os menores” (art. 9º n. 1 al. g)). Também não se inclui, em relação a estas comunicações, a proibição de incitar ou fomentar condutas violentas e antissociais, bem como os maus tratos a animais, restrições que deveriam estender-se, na sua máxima expressão, tanto aos serviços de comunicação audiovisual como às comunicações audiovisuais comerciais.

Por outro lado, o texto aparece carregado de conceitos indefinidos ou cuja definição não é atribuída a ninguém como, por exemplo, as noções de “equipamento grande público standard”, “integridade dos programas” para os efeitos de interrupção publicitária, “abuso ou comportamento fraudulento”, “prejudicar seriamente”, “técnicas subliminares”, “impacto significativo”.

Tudo a revelar grande ligeireza e falta de cuidado na sua redação e técnica jurídica particularmente deficiente, e a colocar tantíssimos problemas acrescidos de transposição e de compatibilização com o todo jurídico nacional dos estados-membros.

### **III – Algumas notas sobre publicidade e crianças**

3.1. É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade, especialmente em tempos de crise como os atuais, bem como são igualmente conhecidos os perigos para a sua saúde física e psíquica e para a sua formação moral e desenvolvimento da sua personalidade que daí advém.

Outros terão a oportunidade de desenvolver com mais ciência e saber este tema, dos pontos de vista da saúde, da psicologia, da sociologia e da ética.

Alguns elementos importa, no entanto referir para, da sua consideração e ponderação, se aquilatar bem do déficit comunitário nesta matéria.

3.2. Numa abordagem inicial ao fenómeno das relações entre publicidade e as crianças, uma primeira distinção se impõe:

a) de um lado, a publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial em qualquer das suas formas;

b) de outro lado, a publicidade dirigida às crianças, com incitamentos diretos ou indiretos ao consumo de bens ou de serviços; e

c) finalmente, a publicidade em geral que, embora lhe não seja dirigida especificamente, pode afetar as crianças dos pontos de vista físico, mental ou moral.

3.3. No que respeita à *publicidade que utiliza crianças*, relevam-se fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais (artigos 1º, 2º, alínea c, e em especial 24º e 32).

Para além destas declarações programáticas, é, contudo, como se verá, o aspecto em que se verifica o maior *vazio legislativo no âmbito da União Europeia*.

3.4. No que toca ao aspecto da *publicidade dirigida especialmente a crianças*<sup>12</sup>, é mister ter presente que as crianças não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos. E este efeito é tanto mais forte quanto mais desfavorecido é o meio socioeconómico. Mesmo as mensagens e avisos contidos na publicidade não são compreendidas pelas crianças e não podem ser consideradas como um fator preventivo ou dissuasório<sup>13</sup>.

3.5. Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade. Contudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, têm acesso a televisão e à internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado.

Outro fator que aumenta a exposição de crianças a anúncios publicitários e técnicas de marketing é a crescente penetração da internet nos hábitos diários dos mais novos, hoje potenciada pela utilização incontrolada das redes sociais desde idades muito baixas e onde a publicidade joga um papel relevante<sup>14</sup>. Como curialmente se menciona em relatório do PE, «a Internet é atualmente,

*a verdadeira companhia dos jovens, muitas vezes mais do que a própria família, a escola e os amigos*<sup>15</sup>. Estudos recentes, como o «Kids online», demonstram que 38% das crianças dos 9 aos 12 anos já têm perfis «online» e essa percentagem cresce para 78% dos 13 aos 16 anos<sup>16</sup>.

Muitas marcas de brinquedos e entretenimentos dispõem de sites onde as crianças podem jogar e divertir-se online, ao mesmo tempo que são alvos de estratégias de persuasão e de fidelização a marcas.

Por outro lado, é diferente a percepção da publicidade em função das diferentes faixas etárias. Até aos cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre programação e anúncios. E mesmo que consigam, a partir daí, conceptualizar a diferença, não reconhecem à publicidade a sua função persuasiva. Esta competência só surge por volta dos oito anos, e ainda assim não para todas as crianças. Mesmo quando começam a reconhecer que o intuito da publicidade é vender produtos, isso não significa que as crianças possam reconhecer que as mensagens são tendenciosas, enfatizando aspectos positivos e negligenciando outros mais negativos do produto em causa.

3.6. Quando as crianças mais velhas veem o anúncio como um fator de entretenimento, o impacto é maior. Uma maior capacidade de processamento de mensagens publicitárias das crianças mais velhas não as torna necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas e igualmente eficazes permitem influenciar os seus comportamentos.

3.7. O desenvolvimento de competências cognitivas e interpretativas através de programas de educação para a mídia tem um impacto positivo na interação com a publicidade. Maiores níveis de literacia mediática e uma maior compreensão dos mecanismos e efeitos da publicidade, por parte de pais e filhos, não constituem, contudo, uma solução global para os efeitos nocivos da publicidade dirigida a crianças.

A preparação de crianças como futuros adultos consumidores e espectadores de anúncios publicitários, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial. No entanto, tal não resolve de imediato o problema do impacto da dimensão excessiva e repetitiva dos anúncios, assim como pode não atingir todas as crianças, em especial as de meios socioeconómicos mais desfavorecidos e as mais afetadas pelos efeitos nocivos da publicidade.

3.8. No que se refere em especial ao incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre-endividamento, a comunicação comercial dirigida a crianças estimula hábitos de consumo pautados pelo excesso, criando desejos

artificiais que não correspondem a necessidades reais, sobrevalorizando o “ter” em detrimento do “ser” e forjando um conceito falso de “felicidade”. Estatísticas demonstram que 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos só porque os seus amigos têm, ou seja, o consumo acaba por ser fator de inclusão social.

3.9. Há uma associação positiva entre a exposição a anúncios publicitários e os pedidos de compra aos pais. Os conflitos familiares, relacionados com a exposição à publicidade e pedidos de aquisição, surgem em todas as famílias mas sobretudo em famílias de estatuto socioeconómico mais baixo, cujas crianças passam mais tempo à frente da televisão.

Por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo, as famílias de baixos recursos acabam assim por ser mais penalizadas pela publicidade.

3.10. O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão em massa de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não tem

acesso. Uma dessas situações é o “bullying de marca” em ambiente escolar, que afeta severamente crianças que não usam essas marcas, empurrando-as muitas vezes para contextos de exclusão, violência e infelicidade pessoal, gerando sofrimento que pode conduzir à entrada na criminalidade, pela via do furto ou do roubo.

3.11. No que respeita à publicidade que incita ao consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental, destaca-se a influência dos filhos nas decisões de compra de alimentos, nomeadamente na preferência por refeições pré-preparadas ou pelo *fast food*. O apelo aos maus hábitos alimentares é uma constante na publicidade infantil.

A obesidade infantil é já um enorme problema. Segundo a Consumers International, uma em cada 10 crianças no mundo está acima do peso ou obesa; também, atualmente são referenciadas 22 milhões de crianças com menos de 5 anos com excesso de peso e as causas apontadas são o aumento do consumo de produtos ultraprocessados, ricos em açúcar e gordura<sup>17</sup>.

3.12. Os valores da exposição de crianças a anúncios publicitários relacionados com alimentos são substanciais. Embora alguns autores não encontrem uma relação direta entre o aumento da taxa de obesidade e um crescimento do tempo de exposição a este tipo de anúncios, a crescente adesão

A comunicação  
comercial dirigida  
a crianças estimula  
hábitos de  
consumo pautados  
pelo excesso



das crianças aos canais de televisão por cabo aumentou o tempo de exposição a estes anúncios.

Por outro lado, a sua natureza modificou-se, introduzindo na sua composição fatores de maior sofisticação no marketing dos produtos, que aumenta a sua eficácia persuasória<sup>18</sup>.

3.13. A publicidade pode também ter consequências em relação a desordens alimentares, como a anorexia ou a bulimia. As crianças e os adolescentes são expostos a modelos de corpo e imagem pessoal dos jovens que incorporam os anúncios. A incidência em jovens, normalmente do sexo feminino, de um padrão corporal magro acentua um ideal de beleza que incita a comportamentos alimentares que podem colocar vidas em risco.

3.14. A Associação de Psicólogos norte-americanos considera mesmo que a publicidade dirigida a menores de 8 anos deveria ser limitada (ou proibida) dada a incapacidade das crianças desta idade em processar os intuitos persuasivos dos anúncios. Esta proibição visa limitar as consequências adversas da publicidade na promoção de hábitos alimentares não saudáveis, no desencadear de conflitos entre pais e filhos pelos pedidos de compras de produtos anunciados e na exposição à violência.

3.15. Estas preocupações, apesar de já inscritas em várias legislações de estados-membros e de países não europeus, por diferentes e variadas formas, *não foram, até agora, devidamente assumidas a nível comunitário, de forma harmonizada e sistemática, o que constitui outra grave lacuna.*

3.16. Finalmente no que se refere à *publicidade em geral que pode afetar gravemente a formação psíquica e moral das crianças*<sup>19</sup>, destacam-se as situações de publicidade que incita à violência ou a certos tipos de comportamentos violentos, como é o caso da publicidade à venda de brinquedos ou jogos que apelam a comportamentos violentos.

3.17. Estudos fidedignos demonstram os efeitos prejudiciais da exposição à violência na mídia, nomeadamente pela promoção de comportamentos agressivos, de uma maior receptividade à violência e de um aumento da hostilidade. A própria saúde mental pode ser afetada por este consumo de conteúdos violentos, levando a situações de ansiedade, medo, perturbações do sono e hiperatividade. É necessária uma maior consciência sobre as implicações destes problemas, que afetam diferentemente rapazes e raparigas.

3.18. As “celebridades” são cada vez mais usadas em anúncios de produtos que podem ser prejudiciais à saúde, como o álcool ou o tabaco. A associação a estes produtos de um estilo de vida considerado atrativo, incluindo o conhecido fenómeno da escolha dos “heróis” e de “padrões sociais de



comportamento” ou de “estilos de vida” como definidores da personalidade, explorados pelos métodos publicitários, incentiva a vontade de consumo e cria deles uma percepção positiva.

3.19. De outro lado, a excessiva carga sexual ou conteúdos eróticos, quando não mesmo pornográficos, conduzem a uma erotização precoce das crianças, em especial quando são elas mesmas utilizadas como objetos de caráter sexual no anúncio de produtos de beleza, de roupas ou outras. Isto determinou que várias marcas famosas tenham sido obrigadas a retirar publicidade pelo fato de promoverem a sexualização de crianças, em consequência do repúdio da sociedade pela utilização do corpo de menores em anúncios<sup>20</sup>.

3.20. O normal desenvolvimento psicológico e moral das crianças é afetado pela publicidade com conteúdo erótico ou pornográfico fazendo apelo a comportamentos sexuais perversos, pervertidos ou excessivos<sup>21</sup>. Uma parte substancial da publicidade é de caráter sexista e sexual e tende a dar preeminência ao sexo masculino utilizando a mulher como objeto de desejo, muitas vezes em situação de inferioridade ou de subserviência, quando não mesmo violentada.

3.22. Largamente regulada em diversos estados-membros, mas de modo bastante diverso, esta é também uma matéria que *deveria merecer uma consideração atenta no âmbito comunitário, o que até agora não sucedeu*.

3.23. Forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes estados-membros, são tudo menos uniformes.

3.24. Não é dispiciendo considerar a importância económica do mercado da publicidade e do marketing na Europa.

Trata-se, contudo, de um mercado volátil, altamente competitivo, sujeito às flutuações da moda e particularmente sensível às consequências das crises económicas e financeiras em que a possibilidade de utilização de certos meios pode ser decisiva para o desenvolvimento em certos mercados nacionais. Significa isto que diferenças marcadas na regulação nacional sobre publicidade pode não só influir nos resultados como constituir barreira ao seu desenvolvimento no mercado interno e fonte de discriminação e de concorrência menos leal.

3.25. No segmento infanto-juvenil, setor reconhecidamente pujante no conjunto do negócio da publicidade e em franca expansão<sup>22</sup>, as diferenças marcadas nas regulamentações nacionais e as diferentes exigências colocam as empresas publicitárias em posição de desigualdade, obrigando-as a

despesas acrescidas de adaptação das suas campanhas a diferentes requisitos e exigências legais, e favorecem práticas de concorrências menos corretas para tentar contornar essas dificuldades e ganhar mercados.

3.26. Daí que uma harmonização legislativa, definindo condições idênticas em toda a Europa, realizando o mercado interno neste domínio, possa contribuir decisivamente para um mercado mais transparente e seja desejável pela generalidade das empresas do setor que, assim, poderão desenvolver os seus negócios com base nas suas competências e capacidades orientadas para a satisfação efetiva dos consumidores, e não explorando as diferenças legislativas nacionais em detrimento de uma sã e leal concorrência.

## **IV – A proteção dos menores no quadro da legislação comunitária sobre publicidade**

4.1. Qual então o quadro legal comunitário relativo à proteção dos menores em face da publicidade e dos fenómenos e efeitos para as crianças que lhe andam associados? Como se disse e se passa a demonstrar, pouco mais do que nada.

4.2. Desde logo, forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da área por via da autorregulação e de certos “códigos de conduta” sobre a publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes estados-membros, são tudo menos uniformes<sup>23</sup>.

4.3. Por seu turno, as poucas normas sobre publicidade relativas a crianças, que se acham dispersas em textos avulsos do acervo comunitário, foram, na maior parte dos casos, diversamente transpostas e são diferentemente aplicadas nos estados-membros, como a própria Comissão o reconhece na sua Comunicação «Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha»<sup>24</sup>, no seu Relatório «Proteger as crianças no mundo digital»<sup>25</sup> e na «Estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças»<sup>26</sup>. Com efeito, se uma generalidade de estados-membros se limitou à transposição minimalista das diretivas comunitárias, outros como a Áustria, a Dinamarca, a Finlândia ou a Suécia aplicam normas mais estritas, que chegam à proibição de publicidade dirigida a menores<sup>27</sup>.

4.4. Com efeito, desde o Livro Verde da Comissão relativo à comunicação comercial no mercado interno<sup>28</sup>, o acervo comunitário nesta matéria foi-se sedimentando por uma pluralidade de normas que, sucessivamente, se foram

substituindo, revogando e emendando, para se chegar a um quadro de regras plúrimas, herméticas, dificilmente compatíveis e por vezes contraditórias, de que se destacam:

**A) Dois únicos textos legais comunitários de carácter geral com força vinculativa:**

a) a **Diretiva 2010/13/EU, de 10 de março de 2010**<sup>29</sup> (Serviços de Comunicação Social Audiovisual), que inclui expressamente no seu âmbito a “comunicação comercial audiovisual” e que toma em especial consideração a proteção do “desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana”, permitindo aos estados-membros estabelecer normas mais rigorosas mesmo nos domínios coordenados, em especial se estiver em causa a proteção de menores, a luta contra o incitamento ao ódio e o respeito da dignidade humana (harmonização mínima);

b) a **Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005**<sup>30</sup>, relativa às práticas comerciais desleais, diretiva de harmonização total que regula as práticas de publicidade em geral, que inclui disposições que visam impedir a exploração dos consumidores vulneráveis; *sem nunca se referir à publicidade com menores*, a diretiva estipula que as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão, nomeadamente, da sua idade ou credulidade, e de uma forma que se considera que o profissional o poderia ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo.

Importa no entanto salientar que, apesar de contemplar esta disposição relativa a práticas comerciais dirigidas a «grupos claramente identificáveis de consumidores especialmente vulneráveis», designadamente em razão «da sua idade ou credulidade», a presente diretiva não logrou ser interpretada como impeditiva das práticas antes descritas, nem transposta ou aplicada com esse sentido nos estados-membros.

Aliás, a diretiva não vai contra a prática publicitária, que é considerada corrente e legítima, de fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, nem se pronuncia sobre as questões do “bom gosto e da decência”, cuja apreciação e definição são deixadas ao critério dos estados-membros<sup>31</sup>.

Um único ponto específico é ressaltado na diretiva quanto a certas práticas que incitam as crianças a comprarem um produto que é publicitado ou a convencerem os pais ou outros adultos a comprarem esses produtos (“poder de insistência”).

## **B) Alguns textos comunitários sem força coerciva:**

a) a **Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998** relativa ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação através da promoção de quadros nacionais conducentes a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana<sup>32</sup>, primeiro texto legal comunitário onde, no domínio da UE, se equaciona a problemática do conteúdo do audiovisual e dos serviços da internet e se exprimem preocupações com a proteção dos menores, embora relegando tudo para a competência dos estados-membros e para a autorregulação;

b) a **Recomendação do PE e do Conselho de 20 de dezembro de 2006** relativa à proteção de menores e da dignidade humana e do direito de resposta<sup>33</sup> onde explicitamente se refere a necessidade de serem tomadas medidas legislativas ao nível da União para proteção do desenvolvimento físico mental e moral dos menores em relação aos conteúdos audiovisuais e de informação, constatando a “insuficiência da autorregulação”, *mas que nunca se chegaram a concretizar*.

Aí se incentiva à adoção de “uma série de medidas susceptíveis de fomentar a educação para a mídia, tais como, por exemplo, a formação contínua de professores e formadores, a aprendizagem específica da internet destinada às crianças desde a mais tenra idade, incluindo sessões abertas aos pais, ou a organização de campanhas nacionais junto dos cidadãos, envolvendo todos os meios de comunicação social, de modo a divulgar informações sobre a utilização responsável da internet”.

c) A **Recomendação 2003/54/CE, de 2 de dezembro de 2002**<sup>34</sup>, relativa à prevenção do tabagismo, e a **Diretiva 2003/33/CE, de 26 de maio de 2003**<sup>35</sup>, relativa à publicidade, ao patrocínio e à promoção a produtos do tabaco.

d) A **Recomendação 2001/458/CE, de 5 de junho de 2001**<sup>36</sup>, relativa ao consumo do álcool por crianças e adolescentes, fundamentalmente centrada na autorregulação.

**C) A Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003**<sup>37</sup>, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que define o que se deve entender por “criança” no âmbito do direito comunitário de proteção às crianças<sup>38</sup>.

**D) A Decisão 1351/2008/CE, do PE e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008**, instituindo um programa comunitário plurianual com vista a proteger as crianças aquando da utilização da internet e de outras tecnologias de comunicação<sup>39</sup>.

4.5. Nenhuma destas disposições considera que, para proteção dos menores e da dignidade humana, se deva proceder a qualquer “*controle prévio*” em obediência a princípios fundamentais de liberdade de expressão, conforme é doutrina bem firmada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em aplicação da respectiva Convenção Europeia<sup>40</sup>.

Com carácter geral apenas se determina aos estados-membros que assegurem que as emissões televisivas (aí se devendo entender que estão incluídas as comunicações comerciais) não incluam *programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores*, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita, *salvo se precedidos de um “sinal sonoro” ou acompanhados de um “símbolo visual”, mas exceptuando as emissões em que pela “hora de emissão” ou por “quaisquer medidas técnicas” se possa assegurar que, “em princípio, os menores não verão nem ouvirão essas emissões”*.

A EU deixou  
ao critério e ao  
cuidado dos  
estados-membros a  
faculdade de regular,  
como melhor  
entendessem, a  
atividade publicitária

4.6. Com o argumento de que existem “crescentes possibilidades de os espectadores evitarem a publicidade” e *sem ter em conta a especificidade da criança como “espectador passivo e não reativo à publicidade”*, as normas vigentes deixaram cair as limitações relativas à inserção dos “spots” publicitários, desde que não atentem gravemente contra a integridade dos programas.

4.7. As *únicas proibições expressas que hoje existem a nível comunitário* reportam-se exclusivamente aos *cigarros e aos produtos à base de tabaco, a medicamentos e tratamentos médicos apenas disponíveis mediante receita médica e à publicidade “oculta” e “subliminar”*, embora excluindo desta proibição a “colocação de produto” (apesar de considerar que ela “deveria em princípio ser proibida”), sempre que o “espectador seja devidamente informado da sua existência” e a “critérios rigorosos” de publicidade a bebidas alcoólicas.

4.8. *Apenas no que se refere a publicidade a bebidas alcoólicas, estatui-se que não deve ter os menores como público-alvo*. Em todos os restantes aspectos relacionados com o prejuízo físico, mental ou moral dos menores, como seja o incitamento direto aos menores ou indireto a seus pais para a aquisição de bens ou serviços publicitados, aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, ou a publicidade “incluída em programas infantis, relativa a alimentos e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos trans, o sal/sódio e os açúcares”,

as normas vigentes limitam-se a uma recomendação genérica ou simplesmente a uma remissão vaga para “códigos de conduta”.

4.9. Para além disso, a Comissão tem-se multiplicado em *iniciativas avulsas e não integradas de carácter meramente programático, e sem tradução normativa cogente*, de que se destacam:

a) a Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança” (COM (2006) 367 final, de 04.07.2006);

b) o “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações” (COM (2008) 106 final, de 27.02.2008);

c) o “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final, de 15.02.2011);

d) a Comunicação «Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha» (COM (2011) 942 final, de 11.01.2012);

e) o Relatório «Proteger as crianças no mundo digital» (COM (2011) 556 final, de 13.09.2011);

f) a Comunicação «Estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças» (COM(2012)196 final, de 02.05.2012)<sup>41</sup>.

4.10. A par destas disposições de direito comunitário, *outros instrumentos de natureza convencional ou programática* definem princípios fundamentais que estão, por sua vez, na origem dos mais recentes desenvolvimentos no direito fundamental da UE (Tratado de Lisboa e Carta Europeia dos Direitos Fundamentais). Referem-se em especial:

a) a **Declaração dos Direitos da Criança**, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959;

b) a **Convenção do Conselho da Europa de 5 de maio de 1989** sobre a Televisão sem Fronteiras, que estabelece que a publicidade destinada a crianças ou que delas se socorra deve ter em conta a sua sensibilidade específica e abster-se de causar prejuízo aos seus interesses (artigo 11, n. 3)<sup>42</sup>;

c) a **Convenção sobre os Direitos da Criança**, assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990<sup>43</sup> que, no seu artigo 32, impõe que os estados aderentes reconheçam à criança o direito de ser protegida contra a exploração económica ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

4.11. Menção destacada merece a *Carta Europeia dos Direitos Fundamentais*, a partir do Tratado de Lisboa integrada como direito primário com a mesma força das disposições constitutivas e onde expressamente estatuem os artigos 1º,

3º, 24º, 33º e 38º. Será, como se verá à frente, à sua luz que há que equacionar os avanços possíveis no âmbito do quadro comunitário.

4.12. Paralelamente, os profissionais têm desenvolvido, quer a nível internacional, quer nos diferentes estados-membros, um conjunto de disposições de *autorregulação* com que procuram justificar as suas práticas comerciais e demonstrar o seu empenho na proteção das crianças. Destacam-se, pela sua importância, o Código Internacional de Práticas Leais em matéria de Publicidade, editado pela Câmara de Comércio Internacional, o Código da Autorregulação da Publicidade de Alimentos dirigida a Menores, Prevenção da Obesidade e Saúde que se funda nos Princípios de Publicidade a Alimentos e Bebidas da Confederação de Indústrias Agroalimentares da União Europeia, da EASA, aprovados em fevereiro de 2004, a EU PLEDGE, que envolve alguns dos principais distribuidores e produtores de alimentos e bebidas para jovens. Menção especial merecem a iniciativa “European Network on reducing marketing pressure in children”<sup>44</sup> e a recente proposta “StanMark” da IASO no âmbito do Projeto-Piloto “Transatlantic Methods for Handling Global Challenges” (junho de 2011)<sup>45</sup>.

4.13. De um modo geral, no entanto, a apreciação que é feita aos instrumentos de autorregulação e de correção incide sobre a sua incapacidade para a efetiva aplicação das normas editadas e um controle eficaz das práticas que as infringem<sup>46</sup>.

4.14. Isso só reforça a necessidade, reafirmada em várias instâncias internacionais e comunitárias, de ser garantido um elevado nível de respeito pelas crianças e da sua proteção de forma a assegurar o seu desenvolvimento físico, mental e moral, tendo em vista o seu interesse próprio, o seu bem-estar e a preservação do meio e dos laços familiares.

## **V – A manifesta insuficiência do quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil e a possibilidade, a urgência e a obrigação do seu aprofundamento**

5.1. Como se deixou evidenciado, o quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil é desnecessariamente complexo, demasiadamente confuso, para além de inconsistente. Daí resulta uma gritante desproteção das crianças europeias, sujeitas a regimes nacionais diversos e com níveis de proteção diferentes<sup>47</sup>.



É com efeito patente que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais, e que a Comissão tem a obrigação e os meios legais para com urgência adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos.

O que verdadeiramente está em causa é a proteção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, do artigo 3º, n. 3, do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança” (COM (2006) 367 final), no “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações” (COM (2008) 106 final) e no “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final).

5.2. Não se contesta e ao contrário reconhece-se que, numa sociedade de livre mercado, adequadamente regulado de forma a ser promovida uma sã e leal concorrência e um elevado nível de proteção dos consumidores, com vista à realização de um mercado interno, instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho dos seus povos, no respeito dos valores da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, a publicidade, em todas as suas formas, desempenha um papel de importância, bem sumariada pela International Advertising Association (IAA)<sup>48</sup>, de que se destaca, em particular, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha, e tem assim uma relevante função de informação e de esclarecimento dos consumidores, razão de ser o fundamento mesmo da sua regulação no âmbito comunitário.

5.3. Por outro lado, a mídia e, em particular a televisão, a internet e as redes sociais, é parte integrante da vida diária e tanto forma como é moldada pelo ambiente cultural em que existe. Por isso, é importante abordar os meios de comunicação comercial no contexto de crianças e jovens de uma forma mais específica, pois essa presença entra muitas vezes em conflito com os valores e práticas mais tradicionais, assumindo um papel fundamental na formação da cultura dos jovens. Por outro lado, é sabido que a generalidade dos pais e educadores sabem menos como lidar com os novos meios de comunicação do que as próprias crianças.

5.4. O equívoco fundamental de base parte, desde o início, como verdadeiro “pecado original” da política da União Europeia para o



audiovisual, da referida Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998 relativa «a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana», onde sobreleva a preocupação “da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação” e afastando das competências legislativas da União Europeia, uma intervenção em matéria de conteúdos audiovisuais ou online lesivos de menores ou da dignidade humana, acaba por considerar estes aspetos como matéria de «bom gosto ou de decência», excluídos do âmbito da regulação comunitária<sup>49</sup>.

5.5. Julga-se, ao contrário, e desde logo, que a *publicidade que utiliza crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem* ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental<sup>50</sup>.

A publicidade que se serve abusivamente de crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve assim ser totalmente proscrita.

Por isso é exigível uma harmonização a nível comunitário no sentido de *uma proibição genérica da publicidade que usa indevidamente e abusa da imagem de crianças mas que não tenham a ver com assuntos que diretamente respeitem a crianças*.

5.6. Por seu turno a *publicidade dirigida especialmente a crianças* comporta riscos agravados consoante os grupos etários atentos os estádios do seu desenvolvimento psíquico, com consequência danosas para a sua saúde física, mental e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre-endividamento, o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

Impõe-se a definição clara de uma idade mínima comum para o efeito, a qual varia atualmente entre os estados-membros, impedindo o correto funcionamento do mercado interno e não se justificando por razões culturais fundamentais. A idade dos 12 anos parece recolher o parecer da grande maioria das posições dos vários interessados, sendo já praticada em alguns estados-membros e em países fora da Europa.

*É também aspecto a merecer um tratamento harmonizado no domínio comunitário.*

5.7. Finalmente, e, de um modo geral, *certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos*, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica,

moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

Daí que também neste aspecto se imponha um *normativo harmonizado a nível comunitário*.

5.8. E a *União Europeia dispõe hoje dos meios necessários para legislar nesse sentido, possuindo claras bases jurídicas para uma ação concertada no domínio da publicidade infanto-juvenil*, pelo que é legítimo exigir e esperar que, a breve trecho, estas questões sejam analisadas em profundidade e enquadradas na UE, por quem tem competência legal e obrigação de o fazer, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, não só porque está em causa a efetiva garantia da proteção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno.

5.9. É certo que até hoje as diretivas comunitárias que têm regulado a publicidade na União Europeia têm utilizado comumente como base jurídica os preceitos do tratado que se reportavam à realização do mercado interno, hoje artigos 26º e 114º, ainda que muito modificados. É esta uma preocupação importante, mas não deve ser a única.

5.10. Por outro lado, noutras iniciativas comunitárias, onde os objetivos são mais especificamente dirigidos às atividades de radiodifusão televisiva, a base jurídica foi antes procurada nos preceitos que à altura respeitavam ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços, correspondentes, ainda que com modificações, aos atuais artigos 49º e ss. e 56º e ss.

5.11. Por último, em mais recentes iniciativas relativas à proteção das crianças e à pornografia infantil, mas ainda anteriores ao atual Tratado de Lisboa, a base jurídica utilizada foram os preceitos que se referiam à cooperação judicial em matéria penal.

5.12. Ora, é mister recordar que *o atual Tratado de Lisboa* consagrou modificações em todos estes aspectos e *oferece hoje uma gama de novas possibilidades de intervenção comunitária* que há que saber interpretar e aplicar.

5.12.1. A primeira e mais importante inovação foi a incorporação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais ao nível do direito primário da UE; de seguida, a modificação da natureza jurídica da cooperação em matéria penal e civil; por fim, as alterações introduzidas em numerosos preceitos do tratado como os relativos à realização do mercado interno, à proteção dos consumidores e à proteção da dignidade da pessoa humana. Ainda recentemente para a proteção de dados a Comissão fundou a sua proposta de regulamento na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e nos referidos novos preceitos do Tratado de Lisboa.

5.12.2. A questão da publicidade infanto-juvenil é, antes de mais, uma questão de cidadania e de proteção de direitos fundamentais; os já citados artigos 1º, 3º, 24º, 33º e 38º da carta oferecem base jurídica substantiva mais que suficiente para fundamentar a necessidade de uma ação comunitária. A eles acrescem de forma inequívoca os artigos 2º, 3º, n. 5, 6º do TFUE e os artigos 4º, 5º, 10º do TFUE.

5.12.3. Neste domínio, para além dos governos dos estados-membros, quer na esfera do Conselho quer no âmbito das cooperações reforçadas (artigo 20º TFUE), os parlamentos nacionais têm um destacado papel a representar nos termos do artigo 12º do TFUE, de que se não podem desresponsabilizar.

5.12.4. Mas é evidente que a realização do mercado interno continua a constituir um dos mais importantes objetivos neste domínio, para o qual existe a cobertura dos artigos 3º, n. 3, do TFUE e 26º e 114º e ss. do TFUE. Por outro lado, os artigos 12º e 169º do TFUE abrem novas possibilidades na perspetiva da proteção dos consumidores. Nos aspectos processuais, os artigos 67º e ss., em especial os artigos 81º e 82º do TFUE, fornecem as bases para uma moldura civil e penal que permite completar o quadro legal da proteção infanto-juvenil neste domínio.

É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade

5.12.5. Por fim, o tratamento desta matéria a nível comunitário obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5º, n.ºs 3 e 4, do TFUE) na medida em que o seu objetivo, pela sua dimensão transfronteiriça, não pode ser suficientemente realizado pelos estados-membros nos respectivos sistemas nacionais.

Uma iniciativa legislativa com este objetivo pode, por conseguinte, ser mais bem realizada por uma ação da União, em conformidade com o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o âmbito da iniciativa deve limitar-se aos aspectos que suscitem problemas concretos, não abrangendo aqueles aspectos que podem ser regulados mais adequadamente pelas legislações nacionais, respeitando assim o princípio da proporcionalidade.

5.13. Isto não significa que, para além desta indispensável medida legislativa, não deva ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares a todos os níveis.

Também os pais deverão ser capacitados para acompanhar os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias. Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade.

E os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

Isso sem, obviamente, minorizar o papel dos empresários da publicidade, do marketing, dos anunciantes e dos patrocinadores para, no âmbito das iniciativas da autorregulação e da correção já adotadas e a promover, cada vez mais assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar<sup>51</sup>.

5.14. Foi este o sentido do Parecer de Iniciativa que o Cese teve oportunidade de elaborar e de ver aprovado por larga maioria e sem votos contra, com a adesão dos próprios representantes dos publicitários que nele têm assento, após audição pública com grande participação de interessados<sup>52</sup> e no qual, após a constatação e demonstração de que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais, se terminava por instar a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos e se apelava ao Parlamento Europeu e aos parlamentos nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

5.15. Até agora, forçoso é constatar que este apelo não teve o eco que se esperava, fundamentalmente do lado da Comissão, que, desde sempre, durante toda a elaboração do parecer, nas reuniões em que se fez representar, e mesmo posteriormente, em posições públicas assumidas, sempre desvalorizou a necessidade e o mérito da iniciativa.

São, aliás, emblemáticas as suas apreciações publicadas sobre o parecer, em que, designadamente no que se refere ao pedido instantâneo do Cese de regulamentação comunitária específica, respondeu com o compromisso de *“intensificar a aplicação das regras em vigor na UE estimulando ainda mais as medidas de autorregulação, por forma a proteger as crianças de publicidade inadequada e evitar excessivos gastos, bem como analisar nova legislação se as medidas de autorregulação falharem.”*

À necessidade de uma atuação urgente nas áreas que se deixaram enunciadas a Comissão opôs antes que seria *“a indústria”* que deveria

*“implementar os acordos existentes e desenvolver novas medidas, se for necessário”.* Ou seja, a Comissão demitiu-se totalmente de uma ação decidida e proativa nesta área em futuro próximo.

5.16. Por seu turno, o Parlamento Europeu, que desde sempre tinha estado na primeira linha destas preocupações, na sua mais recente resolução também se mostrou demasiado tímido, limitando-se a considerar que *“a publicidade destinada às crianças deve ser responsável e moderada”*, e a relembrar que *“a internet também expõe as crianças a riscos através de fenómenos como (...) a exposição a publicidade imprópria para a sua idade, agressiva ou enganadora”* e, em consequência, a instar a Comissão a *“incluir nas suas prioridades principais a proteção das crianças contra a publicidade televisiva e em linha de índole agressiva ou enganadora”*<sup>53</sup>.

5.17. Isto significa que não é o tempo de baixar os braços e que, ao contrário, existe um largo percurso a percorrer a nível comunitário (e, evidentemente, também na esfera dos países membros e não membros da EU), pelo que a sociedade civil não pode deixar de manter esta questão na ordem do dia, até que os decisores políticos, nas várias instâncias, aceitem decidir aquilo que a situação comprovadamente exige e os cidadãos em geral e as famílias em particular há muito exigem e reclamam – uma mais adequada proteção das crianças de todo o mundo em face da publicidade.

## Notas

<sup>1</sup> Sobre esta matéria ver designadamente *“Réglementation européenne et internationale de la publicité potentiellement visible par les enfants dans le secteur audiovisuel – Observatoire européen de l’audiovisuel”* KONSTANTINOS STYLIANOU e *“Réglementation européenne de la publicité ciblant les enfants: le cadre juridique assuré par les règles européennes et par les législations de 26 pays européens”* SUSANNE NIKOLCHEV, Strasbourg, março 2008.

<sup>2</sup> Ver sobre o tema, o meu artigo *“A Publicidade na União Europeia”* in RPDC n. 48, dez. 2006, p. 47.

<sup>3</sup> Trata-se, com efeito, do reconhecimento de que “a publicidade ultrapassa as fronteiras dos estados-membros e que, em consequência, tem uma incidência direta no estabelecimento e no funcionamento do mercado comum” e de que existem “grandes disparidades entre as legislações atualmente em vigor nos estados-membros”, tal como se podia ler no preâmbulo da Diretiva 84/540/CEE, de 10 de setembro de 1984.

<sup>4</sup> Por manifesta falta de espaço deixa-se de fora tudo o que se refere a alegações nutricionais e de saúde nos alimentos, já tratado em detalhe em vários escritos, nomeadamente os bens conhecidos da professora Maria Ângela Frota, para que se remete e cujo percurso a nível comunitário levou mais de uma década.

<sup>5</sup> In JO L 149 de 11/06/2005. Para além de artigos meus sobre a Diretiva e a sua aplicação (p. ex. *“A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária”* in RPDC n. 44, dez. 2005,

p.14, e “*Práticas Comerciais Proibidas*” in Estudos de Direito do Consumo, vol. IV, 2013, p. 79 e ss., coordenação da professora Adelaide Meneses Leitão, do Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ed. Almedina), ver, com vantagem, Mário Frota, “*Das Práticas Comerciais na União Europeia*” in RPDC n. 43, set. 2005, p. 28, Claudia Sofia Gomes Abrunhosa, “*Práticas Comerciais Desleais*”, in RPDC n. 61, mar. 2010, Bernardo Hernandez Bataller “*Análisis y Desarrollo de la Ley de Transposición de la Directiva 2005/29*” in Rev. Luso Brasileira de Direito do Consumo, vol. 1, n. 2, jun. 201, p. 87, Julio Alvarez Rubio “*La regulación de la publicidad en la Unión Europea: problemas y perspectivas*” in Regional Economic Integration and Consumer Protection, p. 619, e o recente livro de Consuelo Camacho Pereira, “*La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario*”, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2012.

<sup>6</sup> Ver a este propósito especificamente o Parecer de Iniciativa do Cese 949/2006 (INT/280) de 14.07.2006 sobre “*A regulação da concorrência e os consumidores*”, relatora Sanchez Miguel.

<sup>7</sup> Doc. COM (2012) 702 final sobre a qual o Comité Económico e Social Europeu (Cese) emitiu o seu Parecer Cese 1233 (INT/675), de que o aqui A. foi relator e foi adotado na sua Sessão Plenária de 22 de maio de 2013, no qual o Cese, embora acolhendo como merecedora de uma particular atenção e reflexão a referida comunicação e os seus propósitos, divergiu da Comissão no modo de tratar a questão, entendendo que a melhor forma de alcançar o objetivo de uma regulamentação coerente e consistente da proibição de práticas comerciais enganosas seria uma revisão conjunta das diretivas 2006/114/CE e 2005/29/CE, simultaneamente para relações B2B e B2C, salvaguardando as especificidades de cada tipo numa matriz comum.

<sup>8</sup> In JO, L 95 de 15.04.2010, entrada em vigor em 05.05.2010.

<sup>9</sup> Diretiva 89/552/CEE, de 3 de outubro de 1989, in JO L 298 de 17.10.1989, sucessivamente alterada pelas diretivas 97/36 CE, de 30 de junho de 1997, in JO L 202 de 30.07.1997, e 2007/65/CE, de 11 de dezembro de 2007, in JO L 332 de 18.12.2007. Sobre estas versões ver, com vantagem, pela sua atualidade nos dias de hoje, o importante estudo “*The ‘Television Without Frontiers’ Directive, Cornerstone of the European Broadcasting Policy*”, Patrice Aubry, European Audiovisual Observatory, 2000.

<sup>10</sup> Doc COM (2005) 646 final de 13 de dezembro de 2005.

<sup>11</sup> JO C 102 de 28.09.2004.

<sup>12</sup> Sobre a problemática desenvolvida neste número e nos seguintes, ver, com vantagem, o Relatório redigido por “Options consommateurs” de Montreal, intitulado “*La publicité destinée aux enfants: Identifier la meilleure protection possible*” e apresentado ao Bureau der la consommation d’Industrie do Canadá (abril de 2008), as publicações e vídeos do Instituto Alana do Brasil em <www.criancaconsumo.org.br>, em especial o opúsculo “*Por que a publicidade faz mal às crianças*” e a excelente compilação de textos organizada por Raffi Cavoukian e Sharna Olfman, “*Honrar a criança . Como transformar este mundo*”, na tradução e edição do Instituto Alana, S. Paulo, 2009.

<sup>13</sup> Ver com vantagem “*Children and Advertising on Television A Survey of the research 1994-2000*”, Gunilla Jalbro.

<sup>14</sup> Sobre a utilização das redes sociais ver com vantagem “*Las Redes Sociales. Tipología, uso y consumo de las redes 2.0 en la sociedad digital actual*” David Caldevilla Dominguez, Documentación de las Ciencias de la Información, 2010, v. 33, p. 45, e o Parecer de Iniciativa do Cese 465/2012

(TEN/483) de 12.09.2012 sobre “*Utilização responsável das redes sociais e prevenção dos problemas que lhe estão associados*”, de que o A. foi relator Bernardo Hernandez Bataller, e o Parecer de Iniciativa Cese 1697 (INT/390) de 12.11.2009 sobre “*O impacto das redes sociais de comunicação e interação na esfera do cidadão/consumidor*”, de que foi relator o aqui A.

<sup>15</sup> Cf. Resolução do PE A7-0338/2010, “*Impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*”, de 15.12.2010.

<sup>16</sup> *EU Kids online: Final Report* – London Scholl of Economics and Politic Science, Sonia Livinstone & Leslie Haddon, 2009.

<sup>17</sup> A Carta Europeia de Luta contra a Obesidade foi adotada em novembro de 2006 com o incentivo da OMS e com a colaboração dos ministros da Saúde dos Estados-membros. Esta Carta, no entanto, não é “vinculativa” mas a adoção de uma regulamentação específica está em estudo em diversos países europeus.

<sup>18</sup> Sobre este tema e a necessidade de uma intervenção legal regulatória, ver o interessante parecer do professor Virgílio Afonso da Silva sobre “*A constitucionalidade da regulação da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil*” (ed. Instituto Alana, S. Paulo, abril de 2012).

<sup>19</sup> Expressivos dados quantitativos podem ser encontrados no insuspeito documento da EASA sobre “*European trends in advertising complaints, copy advice and pre-clearance, Statistics Report 2010*”.

<sup>20</sup> Em França, a situação grave que se vive na mídia levou a que a ministra Joselyne Bachelot tivesse encarregado um grupo de trabalho liderado por Jacques Hintzy, presidente da UNICEF, de preparar uma Carta para a proteção das crianças na mídia (FIGARO de 21.02.2012) no seguimento de alertas do CSA (“*Protection de l'enfance et de l'adolescence à la télévision, à la radio et sur les services de médias audiovisuels à la demande*” Brochures du CSA, novembre 2010). Também na Bélgica foi apresentada no Senado uma proposta de lei relativa à proteção das crianças e dos adolescentes face aos efeitos da publicidade televisiva onde se propõe a total abolição de publicidade destinada a crianças em programas a eles destinados até aos 12 anos (Proposta 145, de 1º de dezembro de 2010).

<sup>21</sup> Ver com vantagem “*Sexy Media Matter: Exposure to Sexual Content in Music, Movies, Television and Magazines Predicts Black and White Adolescents' Sexual Behavior*”, Jane D. Brown & others, in *Pediatrics*, Official Journal of the American Academy of Pediatrics, v. 117, n. 4, April 2006.

<sup>22</sup> Segundo dados da Advertising Educational Foundation, o mercado da publicidade para crianças até aos 12 anos está avaliado em um trilhão de dólares, sendo 500 bilhões de dólares de despesas próprias (200 bilhões para snacks, refrigerantes e outros consumíveis) e de despesas diretamente relacionadas (300 bilhões para brinquedos, artigos de beleza, prendas, acessórios e artigos escolares) e 500 bilhões de despesas indiretas (divertimentos, tecnologia, férias). Mais dados quantitativos sobre o mercado da publicidade dirigida a crianças pode ver-se em “*Advertising to children – Economic Aspects, EGTA Association of Television and radio sales houses*” e “*Magnaglobal Media Owners Advertising Revenue Forecast Dec 2011*”.

<sup>23</sup> Inúmeras obras dão conta desta diversidade em termos de direito comparado. Ver com vantagem os escritos do professor Mário Frota “*A Publicidade Infanto-Juvenil, Perversões e Perspectivas*” e de Pedro Quartin Graça Simão José e Margarida Almeida Bettencourt “*O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-membros da UE*” (I.C., Lisboa, 2003).



<sup>24</sup> COM (2011) 942 final, de 11.01.2012.

<sup>25</sup> COM (2011) 556 final, de 13.09.2011.

<sup>26</sup> COM (2012) 196 final, de 02.05.2012.

<sup>27</sup> No caso da Suécia, aliás, objeto mesmo de Acórdão do TJ da UE, de 9 de Julho de 1997, que confirmou a sua compatibilidade com o direito comunitário (Caso C-34 e C-35/95 *Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) bForlag AB e TV-Shop i Sverige AB*).

<sup>28</sup> COM (96) 192 final, de 08.05.1996; pela sua importância na “descoberta” do impacto da publicidade relativamente às crianças, ver também a Comunicação da Comissão o “Seguimento do Livro Verde” (COM (1998) 121 final, de 04.03.1998) bem como o Parecer do Cese de 27.11.96, CES 1388/96, IND/582, de que foi relator J. Simpson. e o Relatório do PE A4-0219/97 de 24.06.97, da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários e da Política Industrial, de que foi relatora a deputada Jessica Larive, onde já se exortava a Comissão a “*apresentar medidas específicas de proteção das crianças relativamente a todos os tipos de comunicações comerciais, em particular no que diz respeito às novas tecnologias*” (ponto 22).

<sup>29</sup> JO L 95 de 15.04.2010.

<sup>30</sup> JO L 149 de 11.06.2005.

<sup>31</sup> Sobre este tema ver, em especial, Consuelo Camacho Pereira, “*La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario*”, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2012, p. 174.

<sup>32</sup> JO L 270 de 07.10.98.

<sup>33</sup> JO L 378 de 27.12. 06.

<sup>34</sup> JO L 22 de 25.01.2003.

<sup>35</sup> JO L 152 de 20.06.2003.

<sup>36</sup> JO L 161 de 16.06.2001.

<sup>37</sup> JO L 13 de 20.01.2004.

<sup>38</sup> “Qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade” – conceito retomado e reafirmado em vários textos legais da UE, mas que é deixado cair quando se trata das normas sobre o acesso à internet e às redes sociais e a proteção de dados, onde incompreensivelmente baixa para 13 anos (Ver Parecer Cese 1303/2012 (SOC/455), de 23.05.12, sobre a *Proposta de Regulamento relativa à proteção das pessoas físicas em relação ao tratamento de dados de carácter pessoal* (COM (2012) 11 final) de que foi relator o aqui A.

<sup>39</sup> JO L 348 de 24.12.2008.

<sup>40</sup> Orientação que foi acolhida em recente Acórdão do TJ da UE a propósito de direitos de autor (Proc. C-70/10, de 24 de novembro de 2011).

<sup>41</sup> Ver o Parecer muito crítico do Cese de 18.09.2012, Cese1518/2012 (TEN/489), de que foi relator Antonio Longo, onde se salienta designadamente que “*falta na comunicação não só uma referência aos riscos para a saúde física e psicológica das crianças, em particular as dependências, como quaisquer medidas para atacar o problema. Neste aspecto fundamental, o Cese preconiza uma integração da estratégia ou um novo documento.*” (ponto 1.14)

<sup>42</sup> Publicada pelo Conselho da Europa na “*Série des traités européens n. 132*” conforme o texto emendado pelo protocolo entrado em vigor a 1º de março de 2002 (STE n. 171).

<sup>43</sup> Publicada no DR I Série A n. 211/90.



<sup>44</sup> Cujas 5ª Reunião teve lugar em Portugal (Oeiras/Lisboa) a 8/9 de março de 2010.

<sup>45</sup> Sobre os diferentes sistemas de autorregulação da publicidade nos vários estados-membros, ver a excelente compilação *“Advertising self-regulation in Europe”*, da European Advertising Standards Alliance (EASA), 2007. Da mesma EASA ver *“Advertising Standards in Europe”*, janeiro 2008.

<sup>46</sup> O tema da autorregulação e da correção dava só por si para um artigo autónomo, não sendo aqui o local para o desenvolver. Chama-se a atenção apenas para o Relatório da Investigação levada a cabo pelo United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD) sobre *“Corporate Codes of Conduct – Self Regulation in a Global Economy”* de que foi autor Rhys Jenkins (Technology, Business and Society, Program Paper Number 2, Abril 2001), para o aprofundado Relatório de informação do Cese sobre a matéria (Cese 1182/2004, INT/204) de 14 de janeiro de 2005, de que foi relator o Sr. Vever, para o Relatório da DG SANCO da Comissão Europeia *“Self-Regulation on the EU Advertising Sector”*, julho 2006, bem como para o notável artigo do professor Fabrizio Cafaggi, *“L'autoregulation en Droit Européen des Contrats”*, em [www.ejls.eu](http://www.ejls.eu).

<sup>47</sup> Como o reconheceu o Parlamentar Europeu Kyriacos Triantaphyllides, no seu Relatório A7-0369/2011 de 21.10.2011, em parágrafo lúcido, mas que a pressão do lobby dos publicitários obrigou a retirar da Resolução final:

*“As crianças constituem um dos grupos de consumidores mais vulneráveis. Todavia, embora as crianças não sejam ‘consumidores’ a mesmo título que os adultos, dado não poderem fazer escolhas informadas, encontram-se expostas a uma ampla publicidade. Este problema deve ser tratado no contexto da Agenda do Consumidor. Tal proibição encontra-se em vigor na Suécia desde 1991, aplicando-se a toda a publicidade televisiva e à publicidade direta dirigida a crianças com idade inferior a 12 anos. As crianças são crianças e não consumidores. Consequentemente, deve constituir uma prioridade fundamental da Agenda do Consumidor implementar uma perspectiva infantil e propor uma proibição da publicidade televisiva e direta dirigida a menores de 12 anos.”*

<sup>48</sup> *a) A publicidade incentiva a concorrência e reduz os preços*

*b) A publicidade permite meios economicamente acessíveis*

*c) A publicidade cria emprego*

*d) A publicidade subsidia o entretenimento*

*e) A publicidade permitir o direito de escolher.”*

<sup>49</sup> Foi aspecto denunciado com veemência no Parecer do Cese 134/2005 (TEN/195), de 9 de fevereiro de 2005, sobre a *“Proposta de recomendação relativa à proteção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta em relação ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação”* (COM (2004) 341 final), de que o A. foi relator, posição reafirmada com redobrado vigor no Parecer do Cese 4163 (TEN/524), de 24.09.2013, relativo ao *Livro Verde da Comissão sobre a preparação para a plena convergência no mundo audiovisual* (COM (2013) 231 final) de que também foi relator o aqui A. Sobre o juízo que a Comissão faz da aplicação daquela Recomendação, ver o Relatório de 13.09.2011 (COM (2011) 556, final) e o documento de suporte que o acompanha (SEC (2011) 1043 final). De notar que é neste relatório que, pela primeira vez, a Comissão parece reconhecer timidamente a necessidade de “medidas suplementares” a nível da UE, embora nada adiante de concreto.

<sup>50</sup> Alguns casos verdadeiramente escandalosos mereceram o repúdio generalizado da sociedade civil, como foi o caso da menina de 10 anos usada numa campanha de moda pela Revista Vogue ou da despudorada utilização de várias crianças na publicidade à companhia da eletricidade portuguesa EDP.

<sup>51</sup> Neste domínio é importante ressaltar a forma proativa e eficaz como a autorregulação da publicidade está organizada e funciona em Espanha, como exemplo a ser seguido com vantagem. Ver neste particular “*La Autorregulación de la Publicidad en España*”, Jose Domingo Gomes Castallo, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 4, dezembro 2011.

<sup>52</sup> Parecer Cese 138/2912 (INT/593), de 18 de setembro de 2012, “*Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças*”, de que foi relator o aqui A., tendo contado com a inestimável colaboração do professor Carlos Morais, como seu perito e com o importante e constante apoio de retaguarda do professor Mário Frota, a quem se quer deixar uma palavra de reconhecimento e merecido agradecimento e de muita estima e consideração.

<sup>53</sup> Resolução A7-0535/2012, de 20.11.2012, sobre “*Proteger as crianças no mundo digital*”, de que foi relatora a deputada Sílvia Costa; do PE ver, com vantagem o Estudo do seu Departamento da Cultura e Educação sobre “*Les règles en matière de publicité et leurs effets en vertu de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels*”.

## Principal bibliografia

### A) Geral

1. Réglementation européenne et internationale de la publicité potentiellement visible par les enfants dans le secteur audiovisuel – Observatoire européen de l’audiovisuel – Konstantinos Stylianou
2. Réglementation européenne de la publicité ciblant les enfants: le cadre juridique assuré par les règles européennes et par les législations de 26 pays européens
3. Les règles en matière de publicité et leurs effets en vertu de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels – Direction Générale des Politiques Internes de l’Union Parlement Européen
4. The « Television without frontiers » Directive, Cornerstone of the European Broadcasting Policy, Patrice Aubry
5. European Network on reducing marketing pressure on children – Report from the 5th meeting, Norwegian Directorate of Health Sep 2010
6. Advertising to children – Economic Aspects, EGTA Association of Television and radio sales houses
7. Magnaglobal Media Owners Advertising Revenue Forecast Dec 2011
8. Born to Buy: The Commercialized Child and the New Consumer Culture, J. Schor, Scribner NY, 2004
9. Web-based Marketing to Kids on the Rise, M: Shields, Media Week, 25 July 2005
10. A Publicidade Infanto-Juvenil, Perversões e Perspectivas – Mário Frota
11. EU Kids online: Final Report – London Scholl of Economics and Politic Science Sonia Livinstone & Leslie Haddon, 2009
12. The end of the line for child exploitation: Safeguarding the most vulnerable children Christine Bedoe, ECPAT, UK 2006
13. What to do to protect our children from Consumerism – Instituto Alana, Brasil 2009

14. Why advertising is bad for Children – Instituto Alana, Brasil, 2009
15. Honrar a Criança – Raffi Cavoukian & Sharna Olfman, Instituto Alana, Brasil, 2009
16. Publicidad sexista: regulación y supuestos – Julio Alvarez Rubio, Universidad de Cantabria, 2010
17. La mujer en la publicidad – Noelia Garcia Perez, Universidad de Salamanca
18. O controle público da publicidade infantil – Igor Rodrigues de Britto, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 3, set. 2011
19. La publicité destinée aux enfants: Identifier la meilleure protection possible – Option Consommateurs, Canada, Avril 2008
20. Publicidade dirigida a crianças: personagens, valores e discurso – Rosario Correia HIGGS & Francisco Costa Pereira, Escola Superior de Comunicação Social, Instituto Politécnico de Lisboa
21. A Publicidade e a Proteção do consumidor infanto-juvenil: breve denúncia da violação de garantias, Maria Cecília Naressi Munhoz Affornalli, in *Revista das Faculdades de Santa Cruz*, vol. 5, n. 2, julho/dez. 2006
22. A televisão, a criança e a publicidade, in *Estratégias e Discursos da Publicidade*, Francisco Rui Cádima, 1999
23. Les effets de la Pub chez les jeunes in Education aux medias: la publicité
24. Les enfants et la publicité in Réalités familiales n. 78 UNAF 2006
25. Monitoramento da Publicidade de Produtos e Serviços destinada a crianças, Edgard Rebouças, Observatório da Mídia Regional, São Paulo, nov. 2011
26. L'influence de la télévision sur les enfants, Réseau Éducation-Médias
27. La télévision nuit gravement à la santé, Angela Sirigu, Le Monde, Science & Techno, Oct. 2011
28. El Código de autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia: Análisis de un modelo fallido – AUC, Asociación de Usuarios de la Comunicación, Alejandro Perales
29. La autorregulación de la publicidad en España – Jose Domingo Gomez Castallo in *Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo*, vol. I, n. 4, dez. 2011
30. Código de autorregulação em matéria de comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigidas a crianças do ICAP, maio 2012
31. European Trends in advertising complaints copy advice and pre-clearance – EASA 2010

## **B) Publicidade sexista e crianças**

1. Hypersexualisation de l'espace public: comment protéger les enfants? Perspectives internationales, Marie-Pierre Hamel & Marie Cecile Navas, Centre d'analyse stratégique, La Note d'analyse, Mars. 2012
2. Letting Children be Children – Report of an Independent Review of the Commercialisation and Sexualisation of Childhood, REG BAILEY, Department of education, UK June 2011
3. Argentine Leader Prohibits Sex Ads, The Wall Street Journal, 7 July 2011
4. Research Project: Teenagers and the Media: a Media Analysis of Sexual Content on Television, Crisis Pregnancy Agency

5. Sexy Media Matter: Exposure to Sexual Content in Music, Movies, Television and Magazines Predicts Black and White Adolescents' Sexual Behavior, Jane D. Brown & others, in *Pediatrics*, Official Journal of the American Academy of Pediatrics, vol. 117, n. 4, April 2006
6. Como as crianças consomem pornografia sem os pais saberem, Vera Moura, julho 2011
7. O Sexo na Publicidade: Olhares Insólitos, Anabela Ribeiro, (<http://www.olharesinsolitos.com>)
- 8.24 Imagens publicitárias de cariz sexual (<http://www.4lojas.com>)

### **C) Publicidade violenta e crianças**

1. Violência Juvenil relacionada com a programação da TV, Padua Campos (<http://paduacampos.com.br>) (16/07/2011)
2. O incentivo à violência na propaganda da cerveja Andre Balocco (<http://www.jblog.com.br>) (22/01/2010)
3. Violência gratuita, Pedro Corte Real, Cadernos de Cinema
4. Violence, Fear and Market: An Analysis of Real Estate Advertisements, Sonia Ferraz & Edsin dos Reis in *Impulso*, Piracicaba 2004
5. Violência e sexo na publicidade, Maria Fernanda Barroca, (<http://www.acmedia.pt/violenciaesexo.htm>)
6. A publicidade abusiva que incita à violência, Susana Maria Pimenta Fedenghi, Biblioteca Universia n. 2 Editora Del Rey
7. Raízes da Violência: a fragilidade humana disfarçada de glória, Esther Gonçalves, (<http://www.jornalirismo.com.br/propaganda>) (14/04/2011)

### **D) Publicidade alimentar e crianças**

1. Food and beverage advertising and children: Responsible Advertising and Children (RAC) Programme position
2. Charte européenne sur la lutte contre l'obésité (OMS)
3. Impactos da Publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais – Tamara Amoroso Gonçalves, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 4, dez. 2011
4. A junk free childhood: responsible standards for marketing foods and beverages to children – StanMark Project of the International Association for the Study of Obesity, June 2011 – Tim Lobstein, Triin Parn, Ange Aikenhead
5. Marketing of foods to children – Research by the Food Commission for Which? October 2005
6. Marketing télévisé pour les produits alimentaires à destination des enfants: analyse des engagements des professionnels et impact sur les comportements alimentaires – UFC QUE CHOISIR
7. Wallace Hints at Ban in Junk Food Adverts as the best way to fight Obesity among Young, B. BRIGGS, *The Herald*, 1 Feb 2003
8. Advertising to Kids in Quebec No Picnic, N. RIVARD & P. LEBLANC, *Strategy*, 8 May 2000
9. Marketing Food to Children: The Global Regulatory Environment, C. HAWKES, World Health Organization, Geneva, 2003
10. BBC to Limit Ties to Junk Food, *Wall Street Journal*, 6 April 2004

11. Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children – Resolution of the 63rd World Health Organization Assembly adopted 21 May 2010
12. Recommendations for an International Code on Marketing of Foods and Non-Alcoholic Beverages to Children – IASO International Association for the Study of Obesity
13. Manual for monitoring food marketing to children – Consumers International
14. EU PLEDGE Monitoring Report 2010
15. Food Advertising to Children: Impact assessment – OFCOM Feb 2007
16. HFSS advertising restrictions – experience to date and next steps – OFCOM Dec 2007
17. Update on impact restrictions on food and drink advertising to children – OFCOM Feb 2008
18. The PolMark Project – IASO Final Report July 2010